

Forbrukerens rettsstilling ved avtaler om elektronisk leveranse av programvare

Kandidatnr: 269

Veileder: Olav Torvund

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 6467 ord

19.05.2003

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING OG AVGRENsing:	2
<u>2</u>	<u>GRUNNLAGSMATERIALE:</u>	<u>4</u>
2.1	GJENNOMGÅTTE AVTALER:	4
2.2	FREMgangSMÅTE FOR INNHENTING AV AVTALER:	5
<u>3</u>	<u>HOVEDDRØFTELSE:</u>	<u>7</u>
3.1	RETT TIL Å UTNYTTE PROGRAMMET:	8
3.1.1	BRUK:	8
3.1.1.1	Nettverksbruk:	9
3.1.2	SIKKERHETSKOPI:	9
3.1.3	OVERDRAGELSE:	10
3.1.4	REVERSE ENGINEERING:	11
3.2	LEVERANDØRENEs FORPLIKTELSEs:	11
3.2.1	MANGLER	12
3.2.1.1	Leverandørenes mangelsansvar ifølge avtalen:	12
3.2.1.2	Programvarens egenskaper:	13
3.2.1.3	Reklamasjonsfrist:	15
3.2.1.4	Mangelsbeføyelser:	16
3.2.2	FEILRETTING:	18
3.2.3	EKSPOrtRESTRIKSJONER:	19
3.3	SÆRTREKK VED LISENSAVTALEN TIL MICROSOFT WINDOWS XP PROFESSIONAL:	19
<u>4</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>21</u>

1 Innledning

Som forbrukere i Norge er vi vant til at myndighetene aktivt bruker lovverket for å beskytte våre interesser. Nesten uansett hva vi inngår avtaler om som forbrukere er vi beskyttet av lovbestemmelser. Kjøper vi bil eller ny vaskemaskin vil vi ofte ikke bry oss om å ”finlese” kontraktsvilkårene ettersom loven allikevel vil ”redde oss”. På denne måten er det nok også med kjøp av programvare. Vi registrerer kanskje at programmet følges av en lisensavtale, men vi setter oss ikke inn i de enkelte vilkårene fordi vi føler oss beskyttet av lovene.

Mye tyder også på at brukere flest ikke har satt seg inn i hvilke vilkår lisensavtalene inneholder. Vilråene kan være vanskelig tilgjengeling på grunn av komplisert språk, ”uleselig” format eller av andre grunner. Det er helt klart at det blant forbrukere råder en viss forvirring om hvorvidt man virkelig er bundet av lisensvilkårene eller om man også her beskyttes av lovgivning. Mye tyder også på at det råder en viss forvirring blant leverandørene om i hvilken utstrekning vilkårene gjelder. En ansatt hos Symantec mente at de norske kjøpslovene ikke kom til anvendelse dersom programmet ble levert elektronisk. Videre mente han at avtalen mellom Symantec og meg ble regulert av californisk kjøpsrett, dette til tross for at jeg sitter i Norge, kjøper en norsk versjon av programmet og kjøper det via Symantecs norske hjemmesider.

I forbindelse med arbeidet med ny forbrukerkjøpslov ble det diskutert hvorvidt avtaler om leveranse av ”digitale ytelser”¹ reguleres av loven, og konklusjonen ble at blant annet avtaler om elektronisk levering av dataprogrammer ville falle utenfor lovens virkeområde. Dermed vil en vanlig forbruker kunne oppleve at avtaleforholdet vil reguleres på to forskjellige måter, avhengig av hvordan programvaren er levert. Dette skjer samtidig med at elektronisk leveranse av programvare øker i omfang. Som en følge av at nettverksteknologien er bedret og bruken av bredbånd blir mer utbredt er det nå få tekniske hindringer for at stort sett all programvare kan leveres elektronisk. En

¹ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 71.

avtale om elektronisk levering av programvare vil også slutes elektronisk, og dermed på en annen måte enn ved kjøp ”over disk”.

1.1 Problemstilling og avgrensing:

Ifølge definisjonen i forbrukerkjøpslovens § 1 andre ledd, er et kjøp ”salg av ting til en forbruker...”. Programvare som selges ”over disk” vil dermed utvilsomt være kjøp i forbrukerkjøpslovens forstand. Dette fordi programvare levert på cd-rom eller diskett klart må sies å være en ting. En avtale om kjøp mellom en forbruker og en profesjonell, må tolkes og utfylles med de preseptoriske reglene i forbrukerkjøpsloven og bestemmelser i andre lover. For dataprogrammers del vil det si at vilkår i lisensavtalen vil måtte vike dersom de fraviker lovens bestemmelser til ugunst for kjøperen. Nå er det slik at kjøp over disk og elektronisk levering av programvare likestilles juridisk. Av forarbeidene² til forbrukerkjøpsloven går det klart frem at en elektronisk leveranse av programvare ikke reguleres av loven og at den dermed faller utenfor lovens virkeområde.

Når det oppstår uenighet om hva en avtale, muntlig eller skriftlig, går ut på, må man for å kunne løse problemene undersøke hva partene faktisk har avtalt. Man tar alltid utgangspunkt i avtalen når man skal løse en avtalerettslig konflikt. Avtalen er ment å være et uttrykk for hvilke plikter og rettigheter partene ønsker å være bundet av. I forbindelse med kjøp av dataprogrammer vil det være et helt sentralt poeng om lisensvilkårene i det hele tatt er en del av avtalen. Inntil nylig har programmene i hovedsak blitt levert på cd-rom eller diskett, og det har vært vanlig praksis at programvareleverandøren har lagt ved ”sine” vilkår sammen med programvaren, enten elektronisk eller trykt. Leverandøren har tilsynelatende forutsatt at brukeren blir bundet av disse vilkårene. Kjøper brukeren programvaren i en butikk vil normalt partene ”bytte” ytelser uten å avtale noe nærmere, slik at vilkår som er pakket sammen med programmet først dukker opp når programmet skal tas i bruk. Nå er det imidlertid et vanlig avtalerettslig prinsipp at man ikke blir bundet av vilkår man gjøres kjent med etter at avtalen er inngått. Det har gjort at man generelt har vært tilbakeholdne med å

² Ot.prp. nr 44 (2001-2002) kap. 3.8 og spesielt kap 3.8.11 om ”Digitale ytelser”.

godta at vilkår som ”følger varen” blir en del av avtalen.³ Det vesentligste momentet ved vurderingen av om vilkårene er vedtatt eller ikke vil altså være tidspunktet for når avtalen er inngått.

Som en følge av at avtaler om levering av programvare inngås elektronisk, har det nå blitt helt vanlig at man blir presentert for leverandørens lisensvilkår før avtalen inngås. Man vil normalt bli presentert for vilkårene før man får valget mellom å akseptere eller ikke akseptere dem. Man vil normalt ikke få tilgang til programvaren før lisensvilkårene er akseptert. Nå må det sies at flere av leverandørene jeg har undersøkt ikke presenterer lisensvilkårene før avtalen er inngått, men først når programmet installeres. Symantec mener selv å ha løst dette problemet på en fleksibel måte ved at brukeren av Norton AntiVirus, dersom han ikke aksepterer lisensvilkårene, vil få refundert kjøpesummen såfremt han ”returnere[r] hele produktet med kjøpsbevis ... innen seksti (60) dager...”. Følgen av at brukeren presenteres for lisensavtalen før avtaleinngåelsen er at vedtagelsesproblematikken har fått redusert betydning. Ved konflikter rundt avtaler om elektronisk levering vil neppe bli hørt med at lisensvilkårene ikke er en del av avtalen fordi de ikke er vedtatt.

Spørsmålene blir så: Hva står det egentlig i lisensavtalene? Hvilken betydning har det at avtaler om elektronisk leveranse av programvare ikke dekkes av forbrukerkjøpslovens preseptoriske bestemmelser? Hvilke rettigheter har forbrukeren egentlig?

Som tittelen på oppgaven tilsier, vil jeg begrense oppgaven til å gjelde leveranser av dataprogrammer til forbrukere. Jeg vil se på forskjeller mellom salg av programmer som faller innenfor forbrukerkjøpslovens virkeområde, og avtaler om elektronisk levering av programvare. Avtaler som reguleres av den regulære kjøpsloven faller utenfor.

³ Se *Vyrje*, Lov og Rett 1986 s. 47 (s. 52)

2 Grunnlagsmateriale:

2.1 Gjennomgåtte avtaler:

Når jeg har valgt å analysere innholdet i lisensavtaler har jeg nødvendigvis måttet begrense meg til noen få utvalgte avtaler. Utvalget av lisensavtaler og lisensvilkår er i praksis ubegrenset, men ettersom jeg selv er bruker av Windows har jeg tatt utgangspunkt i programvare for Windowsplattformen.

Jeg har valgt å holde meg til programvare jeg mener er mye brukt i Norge, og til lisensvilkår det dermed kan bli tvist om. Alle programmene jeg har sett på leveres i norsk versjon og fra norske nettsteder.

Jeg har sett både på programvare som er gratis og på programmer som koster penger. Av gratisprogrammer har jeg valgt Adobes ”Acrobat Reader”. Programmet er i praksis enerådende når det gjelder lesing av filer i pdf-format, en filtype som blir mer og mer brukt. Programmet leveres til en rekke plattformer, i tillegg til de mest brukte som Windows, Mac og Linux.

I en mellomstilling kommer den norske nettleseren Opera ettersom den finnes både i en gratisversjon og i en betalingsversjon. Jeg har lastet ned gratisversjonen, men Opera har tilsynelatende valgt å bruke én lisensavtale for begge versjonene.

Videre har jeg sett på to mye brukte anti-virusprogrammer, Symantecs Norton AntiVirus 2002 og Norman Virus Control. Felles for dem er at man fra selskapenes internettsider kan velge om man vil ha programmet levert elektronisk eller om man vil ha det levert på cd-plate.

Jeg har også valgt å se på Microsofts vanlige operativsystem Windows XP pro, og på tilsvarende fra Apple, OS X. Selv om jeg har valgt å ha fokus på programmer som er levert elektronisk, og disse programmene for tiden ikke leveres elektronisk, har jeg valgt å ha dem med. Jeg har valgt Windows fordi det må kunne sies å være det markedsledende operativsystemet og fordi Microsoft er viktig på mange områder av programvareindustrien. Dermed vil Microsoft nok legge føringer på hvilke vilkår man

normalt støter på. Når jeg har valgt å se på Macs OS X er det hovedsakelig for å se om lisensavtalene for andre plattformer er utformet annerledes enn for Windows.

Til sist har jeg sett på feilrettinger eller oppgraderinger som kan hentes ned via Microsofts nettfunksjon ”Windows Update”. Innholdet på ”Windows Update” er gratis, men det forutsetter at man allerede har betalt for programmet man retter eller oppdaterer.

2.2 Fremgangsmåte for innhenting av avtaler:

Jeg har ikke hatt anledning til å reinstallere all denne programvaren. Jeg har vært avhengig av å finne lisensavtalene på annen måte enn ved installasjon. Jeg fant alle avtalene lagret på maskinen min (med et selvfølgelig unntak for Apples Mac OS X), men det var relativt vanskelig å finne dem.

For å finne leverandørenes lisensvilkår måtte jeg, med unntak for Microsoft, lete på maskinens harddisk. Problemet er at det ikke alltid er lett å gjette hva produsentene kaller lisensfilene, men license og eula (end user license agreement) er ord som går igjen. Symantec har valgt å kalle sin fil for ”end_user.txt”.

For å se hvordan leverandørene takler henvendelser omkring lisensavtalene valgte jeg i tillegg å kontakte alle per telefon, for øvrig uten å oppgi hvorfor jeg ønsket å se avtalen. Opera er den eneste av leverandørene hvor man kan ta direkte kontakt med et sentralbord, mens alle de andre bruker til dels meget innfløkte ”telefonsvarere”. Felles for disse telefonsvarerne er at de oppfordrer til å finne informasjonen på leverandørenes hjemmesider. Jeg har undersøkt, og Adobe er den eneste som har lisensvilkårene tilgjengelig på hjemmesiden, dog bare i forbindelse med nedlasting av siste versjon av Acrobat Reader.

Etter å ha manøvrert meg gjennom Microsofts telefonsvarer fikk jeg kontakt med en tekniker som straks ville sende meg avtalen. Etter noe leting måtte han gi opp, og opplyste om at jeg kunne finne avtalen selv ved å søke etter ”tekstfilen” kalt eula på harddisken. Når jeg senere gjorde som jeg var blitt fortalt, viste det seg at det var tre filer kalt ”eula.txt” på min maskin, i tillegg til 8 andre txt-filer som inneholdt

bokstavene eula i kombinasjon med andre bokstaver. Egentlig har nok Microsoft den mest elegante ordningen for at brukeren skal kunne finne igjen lisensavtalen. Brukeren av Windows XP kan nemlig enkelt finne filen ved å søke etter ”lisens” i Windows’ hjelpefunksjon. Microsoft er den eneste av leverandørene jeg har undersøkt som har vilkårene så lett tilgjengelig. Jeg kunne dog ikke finne spor av vilkårene jeg vet jeg har akseptert når jeg har brukt Windows Update. Jeg har tidligere tatt utskrifter av noen av disse avtalene, slik at jeg nå har kunnet studere dem nærmere.

Apples tekniker var villig til å hjelpe, og forsøkte å finne lisensavtalen på maskinen han jobbet på. Etter ca. 10 minutters leting gav han opp og henviste meg til Apples hovedkontor i Norge. Jeg fikk snakke med sentralbordet på hovedkontoret, og ble lovet at vilkårene skulle sendes meg per telefax. Vilårene kom aldri som avtalt. Jeg fikk tilslutt vilkårene ved å be om hjelp på en nyhetsgruppe på Usenet. Vedkommende som sendte meg avtalen opplyste om at han hadde funnet vilkårene på sin installasjons-cd.

Jeg klarte ikke å komme i kontakt med Adobe for å få vilkårene til Acrobat Reader. En telefonsvarer fortalte meg gang på gang at det var stor pågang på linjene og jeg ble bedt om å ringe senere.

Symantec hadde den klart mest innfløkte telefonsvareren. Når jeg fulgte instruksjonene ble jeg henvist til å sende en e-post til en spesiell adresse, men vedkommende som hadde lest inn beskjeden snakket svært raskt og utydelig, så jeg klarte ikke å oppfatte adressen. For å få prate med noen valgte jeg å overhøre instruksjonene og å trykke på knapper til jeg fikk kontakt med kundeservice. Den svenske damen lurte på hva jeg ville vite i forbindelse med lisensavtalen, og jeg opplyste om at jeg ville bare ønsket å gå igjennom avtalen. Hun henviste først til at vilkårene lå vedlagt programmet når jeg kjøpte det, men jeg opplyste om at programmet var lastet ned fra Internet og at det dermed ikke fulgte med noen trykt lisensavtale. Hun tok da imot min e-postadresse, og lovet å sende meg avtalen, dog bare i engelsk versjon. Versjonen jeg har funnet på mitt eget system, er på norsk. Jeg fikk ikke filen slik hun lovet. Symantecs telefonsvarer opplyste for øvrig om at teknisk support på programmer som ble levert ferdig installert med nye maskiner ville koste EUR 29,- per konsultasjon. Det er noe man bør tenke på når man kjøper ny maskin hvor programvaren kommer forhåndsinstallert. Man får

kanskje programmet med ”på kjøpet”, men i realiteten kan det bli dyrt dersom man har behov for brukerstøtte.

Når jeg kontaktet Norman fikk jeg opplyst at lisensavtalen lå vedlagt programmet jeg mottok, og ut over det var de ikke villige til å hjelpe.

Hos Opera fikk de min e-postadresse på sentralbordet, og lovte at jeg skulle få avtalen tilsendt. Dagen etter fikk jeg en e-post, på engelsk, som opplyste om hvor lisensavtalen normalt ville ligge på harddisken, og hva filen het. Dette viste seg å stemme.

En ting det er vært å merke seg er at lisensavtalene ikke nødvendigvis leveres med norsk tekst. Opera som er norsk leveres paradoksalt nok med lisensavtale på engelsk. Det gjør at avtalene inneholder juridiske termer som kan være vanskelige for nordmenn å forstå. Personlig oppfatter jeg det som problematisk når det brukes vilkår som:

“OPERA SOFTWARE ASA AND ITS SUPPLIERS DISCLAIM ALL WARRANTIES, EXPRESS OR IMPLIED, INCLUDING BUT NOT LIMITED TO WARRANTIES RELATED TO: NON-INFRINGEMENT, LACK OF VIRUSES, ACCURACY OR COMPLETENESS OF RESPONSES OR RESULTS, IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE .”

At lisensavtalene kan være vanskelige å få tak i vil kunne være ett moment i vurderingen av hvilken virkning de skal få. Dersom det oppstår tvil om hva som virkelig er avtalt, vil det kunne føre til at man tolker vilkåret til forbrukerens fordel; jf. avtalelovens § 37 første ledd nr. 3.

3 Hoveddrøftelse:

Det er visse trekk ved lisensavtalene som er felles for dem alle. Vilkårene kan deles inn i kategorier etter hva de er ment å regulere. Noen formuleringer finner man dog igjen i flere av avtalene, uten at de systematisk kan plasseres sammen med en bestemt gruppe

vilkår. Formuleringer som: ”I den grad ikke annet følger av ufravikelig lovgivning ” og ”i den grad det er tillatt i henhold til gjeldende lov” brukes gjennomgående i avtalene. Dermed er det et interessant poeng å finne ut nettopp hvilke preseptoriske regler som rammer avtalene.

3.1 Rett til å utnytte programmet:

3.1.1 Bruk:

En av hovedhensiktene med lisensavtalen vil være for leverandøren å gi brukeren en ikke-eksklusiv bruksrett til programvaren. De forskjellige leverandørene har derfor lisensvilkår som eksplisitt spesifiserer hvilke rettigheter brukeren gis.

Felles for alle lisensavtalene er at de gir brukeren rett til å bruke programmet. Hovedregelen ser ut til å være at en lisens gir rett til å bruke en kopi per maskin. Symantec skriver for eksempel i klartekst: ”Du kan bruke ett eksemplar av Programvaren på én enkelt datamaskin.” Opera skriver: ”You may use one copy of the Software on only one computer at a time.” Avtalene sier ingenting om brukeren også kan bruke programmet på en bærbar maskin.

Det betyr at det å bruke en kopi av programvaren på sin bærbare maskin samtidig som man har en kopi på sin stasjonære PC ikke er tillatt.

Norman har et litt spesielt bruksvilkår som jeg er usikker på hvordan jeg skal tolke. Det lyder: ”Hvis du ønsker å bruke programmet for flere brukere, kreves det en lisens for hver ekstra bruker.” Dersom jeg tolker det riktig betyr det at en maskin som har flere brukere må ha flere lisenser til samme programvare. Ingen av de andre lisensavtalene inneholder noe lignende, og hovedregelen ser som sagt ut til å være én lisens per maskin. Ettersom vilkåret er så uklart, og de andre leverandørene later til å godta en lisens per maskin, synes jeg Normans vilkår bør tolkes slik at det harmonerer med det som er hovedregelen. Microsoft legger i Windows også tilrette for at én maskin skal kunne ha flere brukere ved at hver bruker gis en egen brukerprofil.

3.1.1.1 Nettverksbruk:

Videre er alle programmene tillatt brukt i nettverk, forutsatt at man altså har én lisens per maskin. Microsoft har satt en begrensning på antall maskiner som kan koble til den lisensierte maskinen ved at maksimalt ti andre brukere kan bruke ressurser på den aktuelle maskinen. Det vil si at man nok kan bruke produktet i nettverk som omfatter flere enn ti maskiner, men at ikke mer enn ti av disse maskinene kan koble seg til din maskin av gangen.

Her vil man nok kunne støte på problemer i forhold til fildelingsprogrammer som Kazaa og lignende hvor brukeren selv kan definere hvor mange andre brukere han vil gi tilgang til sin maskin. Setter man grensen høyere enn ti, vil man tilsynelatende bryte vilkårene i lisensavtalen til Windows.

3.1.2 Sikkerhetskopi:

Åndsverklovens § 39h annet ledd har en preseptorisk regel som gir brukeren en betinget rett til å ta sikkerhetskopier. Det er en betingelse for retten til å ta sikkerhetskopi at det er ”nødvendig for utnyttelsen av programmet.” Det må antas at en ”fornuftig” bruker vil sørge for at det tas en sikkerhetskopi av programmet dersom det er fare for at originalen kan gå tap. Det virker som at en regelmessig re-installasjon av alle programmene på datamaskinen nærmest er en selvfølgelighet, iallfall på Windowsplattformen, og man må i tillegg ta høyde for at tekniske feil kan ødelegge data som ligger lagret i maskinen. Dersom programmet opprinnelig ble levert elektronisk, må det sies å være direkte ufornuftig å ikke ta en sikkerhetskopi. Det virker som at det er tillatt å ta flere sikkerhetskopier av samme program, dersom det er ”nødvendig”.⁴

Av lisensavtalene jeg har sett på er det bare Microsoft som ikke gir brukeren en eksplisitt rett til å ta en sikkerhetskopi av programmet. Microsoft sier riktignok at man har rett til å ”lagre eller installere en kopi av Produktet på en lagringsenhet”, men det

forutsetter at kopien ”bare brukes til å installere eller kjøre Produktet på ... andre Arbeidsstasjoner gjennom et internt nettverk”. Når Microsoft ikke har noen bestemmelse om sikkerhetskopiering, må man tolke det i samsvar med regelen i åndsverklovens § 39h andre ledd.

Leverandørene som har bestemmelser om sikkerhetskopiering gir klart uttrykk for at man gir brukeren rett til å ta én kopi. Opera som opererer med lisensvilkår på engelsk gir brukeren rett til å ”make one copy of the Software solely for backup or archival purposes...”. Det vil ofte være vanlig ved sikkerhetskopiering at man tar flere sikkerhetskopier av systemet slik at man har en kopi for hver ukedag. Lisensvilkår som begrenser brukerens rett til å ta flere sikkerhetskopier, må settes til side i henhold til de preseptoriske reglene i åndsverkloven.

3.1.3 Overdragelse:

For programvare som er gratis tilgjengelig for alle som ønsker å bruke den, vil begrensninger i retten til ”videresalg” være relativt uproblematisk. Det vil ofte være mulig å få tak i en ny kopi av programmet, men det kan også tenkes tilfeller der en bruker ønsker en spesiell versjon av et program, mens leverandøren bare tilbyr en nyere versjon.

For programmer som koster penger, ofte ikke ubetydelige beløp, vil retten til å overdra programmet være viktig. Nå skal det sies at utviklingen i databransjen har gått så raskt at programmer har blitt utdatert relativt raskt og dermed av begrenset verdi for videresalg. Men utviklingen og jaget etter stadige oppgraderinger ser ut til å ha avtatt noe, og dermed vil retten til avhending kanskje være viktigere enn noen gang. Alle lisensavtalene jeg har sett på tillater salg/overdragelse. Denne retten er dog ikke uvilkårlig. En av forutsetningene er at den nye brukeren aksepterer de medfølgende lisensvilkårene.

⁴ Se *Wagle og Ødegaard jr. 's fremstilling i Opphavsrett i en digital verden*, s. 265.

Her kan man tenke seg en potensiell konfliktsituasjon dersom den nye brukeren overtar programmet i forbindelse med at han kjøper en brukt maskin, ettersom mye tyder på at reklamasjonsfrister og lignende kan være forskjellige avhengig av om den forrige brukeren kjøpte programmet over disk eller ved elektronisk avtale.

I tillegg til vilkåret over krever noen av leverandørene at de skal varsles dersom programvaren overføres til ny bruker.

3.1.4 Reverse engineering:

Alle lisensavtalene forbyr visse former for bruk. Ut over det selvfølgelig at bruk i strid med avtalen ikke er tillatt, så forbyr alle avtalene spesifikt forsøk på å avdekke kildekoden eller "reverse engineering". Åndsverklovens § 39i inneholder preseptoriske bestemmelser om at "reverse engineering" er tillatt dersom det er nødvendig for "å oppnå funksjonelt samvirke mellom et selvstendig utviklet datamaskinprogram og andre programmer".

Symantecs Norton AntiVirus inneholder disse vilkårene som må sies å være typiske: "Du kan ikke ... ta programkoden fra hverandre ("reverse engineering"), dekompile, demontere, endre, oversette, gjøre noe forsøk på å avdekke kildekoden til Programvaren...". Norman har i tillegg vilkår som gjør oppmerksom på at begrensninger i retten til "reverse engineering" o.l. ikke påvirker brukerens rettigheter i henhold til bestemmelsene i åndsverklovens §§ 39h og 39i. Microsoft gjør oppmerksom på at "reverse engineering" ikke er tillatt "med mindre og bare i den grad slik aktivitet er uttrykkelig tillatt i gjeldende lov..."

Lisensavtalenes begrensninger av brukerens rett til å avdekke kildekoden må settes til side såfremt vilkårene strider med de preseptoriske reglene i åndsverkloven.

3.2 Leverandørenes forpliktelser:

Forbrukerkjøpsloven gir forbrukere en beskyttelse mot innskrenkelser av deres rettigheter. I Norge, iallfall som forbrukere, er vi beskyttet av preseptorisk lovgivning. Et fremtredende trekk ved de lisensavtalene jeg har tatt for meg er de til tider meget omfattende ansvarsbegrensningene. Av det kan man nok slutte at en av lisensavtalenes viktigste funksjon er å sikre leverandørene mot økonomisk ansvar, som igjen kan føre til tap.

3.2.1 Mangler

3.2.1.1 Leverandørenes mangelsansvar ifølge avtalen:

Et klart fellestrekk ved lisensavtalene jeg har sett på er leverandørenes motvilje mot å ta ansvar for programvarens funksjon. Alle fraskriver seg stort sett ansvaret for eventuelle feil og mangler, og programvaren leveres ”som den er” eller ”as is”.

Det finnes dog noen unntak. Tre av leverandørene gir en begrenset garanti på mediet programmet leveres på. Symantec gir en 60-dagers frist, mens Apple og Norman er villige til å gi 90 dagers garanti på medier. Jeg nevner dette selv om at jeg har valgt å konsentrere meg om programmer som leveres elektronisk.

Unntak fra regelen om total garantifraskrivelse finnes i avtalene for de to anti-virusprogrammene. Norman gir en 90 dagers funksjonsgaranti. De garanterer at programmet i det ”vesentlige er i samsvar med brukerdokumentasjonen” i 90 dager etter kjøpsdato. De forbeholder seg retten til å velge mellom å omlevere programvaren eller refundere kjøpesummen. Avtalen forutsetter at denne garantien ikke gjelder ved feil bruk av programmet.

Symantec gir ingen tilsvarende funksjonsgaranti for sitt Norton AntiVirus, men det gis en 60-dagers ubetinget ”pengene-tilbake-garanti”. Symantec er ikke villige til å foreta omlevering av ”rettet” produkt.

Man kan neppe forvente noen funksjonsgaranti fra leverandører av gratis programvare, men jeg mener det er tankevekkende at store leverandører som Apple og Microsoft ikke er villige til å ”gå god for” programmene sine. Dette er tross alt programmer som koster penger, og iallfall for Windows sin del vil prisen på operativsystemet utgjøre en ikke uvesentlig del av prisen for datamaskinen. Jeg mener det er en tankevekker at datamaskinens hardware med få unntak omfattes av en garanti, mens den viktige programvaren må tas ”som den er”.

Men nå er det nå engang slik at de typiske lisensavtalene har vilkår hvor leverandørene fraskriver seg ethvert ansvar for programmets funksjon. Opera sier for eksempel (på engelsk) at de ikke er ansvarlige for at programmet tilfredsstiller brukerens behov, eller at bruken av programmet vil være uavbrutt eller feilfri. Microsoft går enda lenger ved å spesifisere at Windows XP ikke garanteres å være pålitelig, fritt for virus, og kanskje mest spesielt, i samsvar med noen beskrivelse. Det siste tolker jeg som en fraskrivelse av ansvar for all markedsføring eller lignende som er brukt før avtaleinngåelsen.

Spørsmålet som gjenstår er selvfølgelig om leverandørene kan gå så langt i å fraskrive seg ansvaret for sine produkter.

3.2.1.2 Programvarens egenskaper:

Utgangspunktet for vurderingen av hvilke egenskaper programmet skal ha er avtalen mellom partene. Det brukeren har akseptert med åpne øyne, vil han ikke kunne gjøre gjeldende som en mangel. Innenfor forbrukerkjøpslovens virkeområde skal programvaren ”være i samsvar med de krav til art, mengde, kvalitet, andre egenskaper og innpakning som følger av avtalen”; jf. § 15. Reglene i § 15 annet ledd kan altså fravikes ved avtale. Forbrukerkjøpsloven gjelder ikke for elektronisk leveranse av programvare og dermed må man falle tilbake på hva som er avtalt mellom partene. Forutsatt at lisensavtalen er vedtatt av partene vil den være en del av avtalen. Men i tillegg vil det normalt ha vært kontakt mellom partene forut for avtaleinngåelsen, og brukeren vil ofte ha blitt gjort kjent med programvarens positive egenskaper. Selger vil kanskje gå god for programvarens fortreffelighet og funksjon, eller brukeren vil lese reklame for programmet. I reklamematerialet kan man gå ut ifra at det ikke blir nevnt noe om programmets kjente feil eller begrensninger. Opplysninger som er gitt om programmets egenskaper forut for avtaleinngåelsen vil også være en del av avtalen. Ser

man på forbrukerkjøpsloven vil man stå overfor en mangel dersom det viser seg at programmet ikke er i samsvar med de opplysninger selger har gitt; § 16 første ledd litra c og tredje ledd. Denne regelen bør trolig kunne anvendes analogisk for elektronisk leveranse av programvare.

Forholdet kompliseres dog når man ser på hvilke bestemmelser en vanlig lisensavtale har om programmets funksjon. Det er bare Norman som har vært villige til å gå god for programmets egenskaper. De gir brukeren en 90 dagers "begrenset garanti" for at programmet "i det vesentlige er i samsvar med brukerdokumentasjonen". Alle de andre fraskriver seg alt ansvar ved å levere programmet "as is" eller "som den er".

3.2.1.2.1 Programmer levert "as is" eller "som den er":

Ordene "as is" eller "som den er" henspiller på en vanlig juridisk formulering som brukes for eksempel ved salg av brukte biler, ved auksjonssalg eller ved omsetning av fast eiendom. Forbrukerkjøpsloven, som altså ikke gjelder for avtaler om elektronisk levering av programvare, åpner også for at ting kan selges "som den er". Men begrepet fritar ikke selger for ethvert ansvar for tingens funksjon. Forbrukerkjøpslovens § 17 sikrer forbrukeren et absolutt minimumsvern. Kjøperen kan alltid gjøre mangler gjeldende dersom tingen er i dårligere stand enn han med "rimelighet hadde grunn til å forvente på bakgrunn av forbeholdet, kjøpesummens størrelse og forholdene ellers...".⁵ Det blir dermed en konkret vurdering i hvert tilfelle om "as is" klausulen kan settes til side. Av forarbeidene⁶ til forbrukerkjøpslovens § 17 minnes det om at kjøperen ofte er den svake part i avtaleforholdet, og at rekkevidden av "as is" klausulen kan fremstå som usikker. Avtalelovens § 37 første ledd nr. 3 sier at tvil om forståelsen av vilkår i standardavtaler skal komme forbrukeren tilgode. § 37 gjelder også utenfor forbrukerkjøpslovens virkeområde, og dermed for avtaler om elektronisk levering av programvare. Videre vil "as is" vilkåret og andre generelle ansvarsbegrensninger måtte vurderes opp mot avtalelovens generelle urimelighetsregel i § 36. Det er absolutt verdt å merke seg at leverandørene her fraskriver seg ansvaret for nye produkter. Brukeren kan i utgangspunktet forvente at programmet er feilfritt, og dersom

⁵ Merk at dette skiller seg fra kjøpslovens §19 hvor det foreligger et vesentlighetskrav.

⁶ Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) s. 173.

det ikke er det virker det for meg som klart urimelig at ansvaret for feilen veltes over på brukeren.

Et spesielt problem for den programvaren jeg har studert er at programmene ikke vil fungere stabilt hver gang. Man må altså regne med at programmet av og til vil ”låse seg” eller opptre uventet⁷. Som bruker er man ikke tvunget til å godta denne ustabiliteten, dersom den får et så stort omfang at man kan si at det foreligger en mangel som gir hevingsrett.

3.2.1.3 Reklamasjonsfrist:

Selv om elektronisk leveranse av dataprogrammer ikke reguleres av forbrukerkjøpsloven, er det naturlig å begynne med og se på hvilke regler forbrukerkjøpsloven har om reklamasjonsfrister. Reglene i § 27 er preseptoriske og består av to elementer. For det første må kunden reklamere innen rimelig tid etter at han oppdaget eller burde ha oppdaget mangelen. Hva som menes med ”rimelig tid” vil bli en konkret vurdering, men forbrukerkjøpsloven sier at rimelig tid iallfall er mer enn 2 måneder. Videre må man reklamere innen den absolutte reklamasjonsfristen på 2 år, eventuelt 5 år dersom tingen man reklamerer på er ment å vare vesentlig lengre enn 2 år.

Når det gjelder avtaler om kjøp av programvare som kommer inn under forbrukerkjøpslovens virkeområde, må man nok uten videre kunne si at reklamasjonsfristen må settes til 5 år. Programvare slites ikke på samme måte som fysiske gjenstander, og vil heller ikke bli dårligere enn den var som ”ny”.

Når programvaren er levert elektronisk vil ikke man ikke beskyttes av reklamasjonsretten i forbrukerkjøpsloven. Man bør merke seg at det er stor differanse mellom forbrukerkjøpslovens frister og fristene i lisensavtalene. Som nevnt tar de fleste leverandørene i utgangspunktet ikke ansvar for feil eller mangler, mens en av dem strekker seg til å gi 90 dager. Ettersom det er tvilsomt at leverandørene kan fraskrive seg ethvert ansvar for mangler, vil man måtte vurdere hvilken reklamasjonsfrist man bør

⁷ Skriver man f.eks. ”bedriftsidrettslaget” med store bokstaver og trykker linjeskift i Microsoft Word vil programmet lukke seg med den følge at alt materiale som ikke er lagret går tapt. Kanskje ikke noe stort problem i praksis, men det er ett lite eksempel.

sette. Ettersom differansen mellom den frist loven gir og den frist leverandørene gir er så stor er det et relevant spørsmål om fristene kan sies å være urimelige etter avtalelovens § 36. At man ikke får noen reklamasjonsfrist må uten videre kunne sies å være urimelig. Men fristen behøver ikke nødvendigvis være rimelig i forhold til forbrukeren, den skal bare ikke være urimelig. Man kan spørre seg om loven kan brukes analogisk på lisensavtalene. Det er vanskelig å si hvor lang frist man bør gi brukeren, men jeg tror ikke man bør gi ham den samme reklamasjonsfristen han ville hatt om avtalen var regulert av loven. Jeg mener selv at det kan være greit å sette fristen lik den korteste av de absolutte reklamasjonsfristene i loven, dvs. 2 år.

3.2.1.4 Mangelsbeføyelser:

Ifølge de vanlige avtalene om elektronisk levering av programvare vil brukeren ikke kunne gjøre krav gjeldende som følge av mangler. Innenfor forbrukerkjøpslovens virkeområde kan han gjøre mangler gjeldende. Følgene av at programmet ikke er i samsvar med avtalen eller lovens § 15 andre ledd, er at det foreligger en mangel; jf. § 16.

Dersom man finner at brukeren kan gjøre mangler gjeldende fordi ansvarsbegrensningene i avtalene settes til side på grunn av urimelighet, vil han kunne velge mellom de samme mangelsbeføyelsene som regnes opp i forbrukerkjøpslovens § 26. I praksis vil brukeren kreve å heve avtalen eller kreve erstatning, men også retting kan være en mulighet.

3.2.1.4.1 Heving:

Dersom vilkårene som begrenser leverandørens mangelsansvar settes til side, vil brukeren kunne kreve at avtalen heves. Forbrukerkjøpsloven åpner for heving med mindre mangelen er uvesentlig. Mye taler for at bestemmelsen kan brukes analogisk utenfor lovens virkeområde. Der programvaren er gratis vil hevingsretten få liten betydning, brukeren kan tross alt bare slutte å bruke programmet. Men der brukeren har betalt for programvaren må regelen være at begge parter leverer tilbake de ytelsene de har mottatt. For programmer som er levert elektronisk vil det nok i praksis bety at brukeren ødelegger eller sletter sin kopi av programmet mot at leverandøren betaler

tilbake kjøpesummen. Det må dog nevnes at det her ligger en reell mulighet for missbruk fra brukerens side, ved at han lover å slette programmet, mens han i realiteten fortsetter å bruke det. Om jeg har forstått det rett har de fleste leverandører ikke teknisk mulighet til å hindre at dette skjer. Annerledes kan det bli for leverandørene av virusprogrammer eller andre programmer som er avhengige av oppdateringer for å fungere hensiktsmessig. Disse leverandørene vil vel neppe videreføre avtaler om oppdateringer av programmet dersom brukeren ikke kan godtgjøre at han har rett til å bruke programmet.

3.2.1.4.2 Erstatningsansvar:

Som jeg har sagt tidligere bruker alle leverandørene lisensavtalene til å fraskrive seg ethvert erstatningsansvar. Det har vært diskutert i juridisk teori hvor langt en part kan gå i å fraskrive seg økonomisk ansvar, og en konklusjon man nok kan trekke er at man ikke kan fraskrive seg ansvar for tap som oppstår som følge av grov uaktsomhet eller forsett⁸.

Umiddelbart bør det nevnes at programmer som tilbys brukeren gratis normalt bør vurderes annerledes enn programmer som koster penger. Men selv om brukeren ikke har betalt for programmet bør leverandøren kunne holdes ansvarlig for tap som har oppstått som følge av leverandørens grove uaktsomhet eller forsett. Leverandører som leverer programvare som er så mangelfull at det er uforsvarlig vil kunne holdes ansvarlig for tap.

Programmer som er levert av seriøse leverandører, ofte til ikke ubetydelig pris, vil nok kunne vurderes enda strengere enn gratisprogrammer. Det vil si at erstatningsansvaret for programmer som er levert til forbrukere vil være mer omfattende enn for eksempel mellom profesjonelle parter. Har man først kommet til at leverandørenes begrensninger kan settes til side vil mye tale for at leverandøren kan bli erstatningsansvarlig også for tap som følge av uaktsomhet. Et annet moment som taler for at mangler kan føre til erstatningsansvar er at det er her er snakk om leveranser til forbrukere. De direkte skadene et program kan påføre en forbruker vil ofte være begrenset. Det vil uansett ikke være aktuelt å pålegge en leverandør vider erstatningsansvar enn det som fremgår av

⁸ Se *Hagstrøm*, TfR 1996 s. 421 (s. 449)

forbrukerkjøpslovens § 52. Her er ansvaret avgrenset mot tap forbrukeren lider i sin næringsvirksomhet, og kanskje mindre praktisk, tap som følge av personskaade. I § 52 er erstatningsansvaret også begrenset til å gjelde tap som leverandøren med rimelighet kunne forutse. Spesielle omstendigheter som gjør at forbrukeren har lidt et ”uforutsigbart” stort tap vil ikke medføre erstatningsansvar, iallfall ikke ut over et ”forutsigbart” beløp.

Når det gjelder erstatningens størrelse vil den settes lik det tap brukeren har lidt. I de tilfellene programvaren har ført til fysiske feil ved maskinen, er det rimelig at leverandøren erstatter brukerens tap. Det mest praktiske er vel allikevel at en feil i et dataprogram fører til at brukeren må reinstallere programmer, med den følge at lagret informasjon går tapt. Dette vil i mange tilfeller ikke medføre erstatningsansvar da det eneste tapet brukeren vil ha er tap av fritid.

3.2.2 Feilretting:

Mange av de største programvareleverandørene tilbyr gratis oppdateringer eller oppgraderinger. I denne forbindelse blir brukeren ofte presentert for et nytt sett lisensvilkår, og for å få gjennomført oppgraderingen eller oppdateringen må man også akseptere vilkårene. Om brukeren er bundet av disse nye vilkårene vil avhenge av om det er en ren feilretting som tilbys, eller om det er en oppgradering av funksjoner, slik at man får noe mer enn man opprinnelig betalte for. Alle antivirusprogrammer jeg kjenner til leverer oppdateringer av virusdefinisjoner. Det ligger i programmenes natur at de må oppdateres regelmessig for å kunne holde tritt med utviklingen av virus. Men denne oppdateringstjenesten er også noe programleverandørene tar betalt for. Typisk selges programmene med f.eks. ett års tilgang til oppdateringer. Etter det må brukeren abonnere på nye oppdateringer.

For Windows er dette annerledes. Microsoft tar ikke betalt for å tilby tjenesten ”Windows Update”. Ifølge lisensvilkårene man må akseptere for å laste oppdateringer/feilrettinger, forutsettes det dog at man har en gyldig lisens på produktet man ”oppgraderer”.

3.2.3 Eksportrestriksjoner:

Flere av lisensavtalene inneholder vilkår om begrensninger på eksport av programvaren. Dette tror jeg er ikke er noe problem for brukere flest, men det er spesielt når leverandøren av et dataprogram begrenser brukergruppen basert på brukernes statsborgerskap. Det er kanskje uproblematisk å forby eksport til visse land, men ifølge lisensvilkårene til Windows har man heller ikke tillatelse til å bruke programvaren dersom man er statsborger i et land det er sanksjoner mot. Jeg tolker det slik at irakisk statsborger bosatt i Norge ikke har tillatelse til å bruke Windows.

3.3 Særtrekk ved lisensavtalen til Microsoft Windows XP professional:

Det er ingen tvil om at Microsoft Windows har mange brukere og det gjør lisensavtalen som følger Windows til spesielt interessant. Lisensavtalen fremstår ved første øyekast som ryddig og grundig, men etter å ha sammenlignet den med andre lisensavtaler må jeg si at jeg sitter igjen med et inntrykk av at lisensavtalen er unødvendig komplisert. Jeg regner meg selv som relativt oppegående når det gjelder ”dataterminologi” men det er flere av vilkårene jeg har store problemer med å forstå. Dette kombinert med bruk av lange setninger gjør vilkårene spesielt vanskelige.

Jeg har ikke tidligere beskrevet vilkårene man presenteres for når man bruker Windows Update. Dette fordi vilkårene er ment å være tillegg til den opprinnelige lisensavtalen. Mens jeg skrev dette gjorde maskinen meg oppmerksom på at det var kommet en ”kritisk oppdatering” som jeg ble sterkt anbefalt å installere. Det viste seg at oppdateringen var ment å rette et sikkerhetsproblem i Windows, og det var vel snarere snakk om en feilretting av Windows enn en oppdatering. Ett interessant problem var at vilkårene i ”tillegglisensavtalen” ved motstrid skulle gis prioritet foran den opprinnelige lisensavtalen. Ettersom dette var snakk om en feilretting, som jeg i tillegg på det sterkeste ble oppfordret til å foreta, er det tvilsomt om Microsoft kan få gjennomslag for et slikt vilkår.

En annet "særegenhet" jeg bør nevne opplevde jeg i forbindelse med at jeg brukte Windows Update for å skaffe en tilleggsfunksjon. Før nedlastingen ble jeg som vanlig bedt om å akseptere lisensavtalen. Jeg skrev ut avtalen for å se hva den inneholdt, og fortsatte med nedlastingen. Etter at nedlastingen var fullført (ca. 120 MB) startet installasjonen. Jeg ble igjen bedt om å akseptere lisensavtalen, noe jeg gjorde etter å ha skrevet den ut nok en gang. Det viste seg i ettertid at de to avtalene ikke var like. Den andre avtalen inneholdt flere vilkår enn den første. I tillegg har jeg ikke senere vært i stand til å finne igjen disse vilkårene på min maskin. Det er et interessant spørsmål hvilken avtale jeg faktisk er bundet av.

4 Litteraturliste

Hagstrøm, Viggo. *Urimelige avtalevilkår*. I: Lov og rett nr 3/4 (1994), s. 131-168

Hagstrøm, Viggo. *Om grensene for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 109 (1996), s. [421] -518

Huser, Kristian: *Avtalesensur*. 1984

TemaNord 1999:598 *Shopping på Internettet*.

Tokvam, Ole E (red): *Juridiske aspekter ved et elektronisk marked*. Oslo, 1996.
(Institutt for rettsinformatikk)

Vyrje, Magnus Stray: *"Shrink-Wrap" klausuler*. I: Lov og rett nr 1 (1986) s. [47]- 53

Wagle, Anders Mediaas. *Opphavsrett i en digital verden*. Anders Mediaas Wagle, Magnus Ødegaard jr. Oslo, 1997

Woxholth, Geir. *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*. 4. utg. 2001

Woxholth, Geir. *Forutsetningslæren og avtaleloven § 36*. I: JV 2000, s. 109-131

NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov

Inst. O. nr. 69 (2001-2002) Innstilling fra justiskomiteen om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) Omlov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

